

Anwendung der Gründungstheorie auf Gesellschaften schweizerischen Rechts? – Zugleich eine Anmerkung zu den beim Bundesgerichtshof anhängigen Revisionsverfahren II ZR 158/06 und II ZR 290/07*

Die Frage, ob Gesellschaften, die einerseits ihren Satzungssitz in einem nicht der EG bzw. dem EWR angehörenden Staat und andererseits ihren Hauptverwaltungssitz in Deutschland haben, nach ihrem Gründungsrecht zu behandeln und damit nach § 50 I ZPO parteifähig sind, beschäftigt aktuell den BGH in Revisionsverfahren gegen Entscheidungen des OLG Hamm vom 26.5.2006 und 12.9.2007. Der folgende Beitrag nennt und analysiert die Gründe für eine allfällige Sonderbehandlung der nach schweizerischem Recht gegründeten Gesellschaften. Er macht dabei deutlich, dass die Verfahren dem BGH noch vor dem Inkrafttreten des geplanten Gesetzes zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen Gelegenheit geben, den grundsätzlichen Abschied von der Sitztheorie zumindest gegenüber den nach schweizerischem Recht gegründeten Gesellschaften einzuleiten.

I. Parteifähigkeit und Anknüpfung des Gesellschaftsstatuts

1. Abhängigkeit der Parteifähigkeit vom Gesellschaftsstatut

In den vor dem Bundesgerichtshof in Karlsruhe anhängigen Revisionsverfahren gegen Urteile des *OLG Hamm*¹ geht es jeweils im Rahmen der Zulässigkeit um die Parteifähigkeit einer nach dem Recht der Schweiz gegründeten, aber (nunmehr) von Deutschland aus verwalteten Aktiengesellschaft. Die Frage, ob eine nach ausländischem Recht gegründete Gesellschaft vor deutschen Zivilgerichten über die Parteifähigkeit verfügt, richtet sich aufgrund des *lex fori*-Grundsatzes nach deutschem Zivilverfahrensrecht und mithin nach § 50 I ZPO. Parteifähig ist danach, wer rechtsfähig ist. Ob eine Gesellschaft rechtsfähig ist, entscheidet sich nach dem auf die betreffende Gesellschaft anwendbaren Organisationsrecht, d. h. dem Gesellschaftsstatut. Zwar werden nach deutschem Recht formal ausländische Kapitalgesellschaften auch bei Anwendung der Sitztheorie zumindest als rechtsfähige Personengesellschaften und damit jedenfalls als parteifähig behandelt², doch hat sich das *OLG Hamm* damit anders als *LG Essen* im Ausgangsverfahren nicht begnügen wollen und zur Begründung der Parteifähigkeit ausdrücklich auf die Gründungstheorie abgestellt.

2. Gespaltene Anknüpfung des Gesellschaftsstatuts im deutschen Internationalen Gesellschaftsrecht

In dem von den deutschen Gerichten heranzuziehenden deutschen Internationalen Privatrecht findet sich keine ausdrückliche Regelung zur Bestimmung des Gesellschaftsstatuts. Rechtsprechung und herrschende Lehre folgten jedoch über Jahrzehnte der sog. Sitztheorie, wonach das am tatsächlichen

* Der Autor ist Ordinarius für Privatrecht an der Universität Basel.

¹ Die Verfahren sind unter den Aktenzeichen II ZR 158/06 bzw. II ZR 290/07 beim BGH anhängig und betreffen Entscheidungen v. 26.5.2006 (30 U 166/05) ZIP 2006, 1822 und v. 12.9.2007 (30 U 43/07), unveröffentlicht; die Urteile des BGH werden für den Herbst 2008 erwartet.

² BGH v. 1.7.2002 (II ZR 380/00) NZG 2002, 1009 unter Hinweis auf BGH v. 29.1.2001 (II ZR 331/00) BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056 zur Parteifähigkeit der Außengesellschaft bürgerlichen Rechts.

Hauptverwaltungssitz der Gesellschaft geltende Recht das Gesellschaftsstatut bildet³. Eine nach ausländischem Recht gegründete Kapitalgesellschaft konnte ihre Parteifähigkeit nach Verlegung des Hauptverwaltungssitzes nach Deutschland daher nur als rechtsfähige Personengesellschaft behalten⁴.

Lediglich im Anwendungsbereich der nach Art. 43, 48 EG-Vertrag⁵ bzw. Art. 31, 34 EWR-Abkommen⁶ geltenden Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften sowie aufgrund entsprechender Verpflichtungen aus bilateralen Staatsverträgen⁷ sah sich die deutsche Rechtsprechung in den letzten Jahren bekanntlich zu einer teilweisen Aufgabe der Sitztheorie gezwungen⁸. Anstelle der Sitztheorie wurde zumindest in den Fällen einer Verlegung des Hauptverwaltungssitzes nach Deutschland (sog. Zuzugsfälle)⁹ und der Gründung von hauptsächlich in Deutschland verwalteten Gesellschaften nach dem Recht eines anderen EG-/EWR-Mitgliedstaats (sog. formal ausländische Gesellschaften)¹⁰ die Gründungstheorie herangezogen. Danach richtet sich das Gesellschaftsstatut unabhängig von der Lage des tatsächlichen Hauptverwaltungssitzes prinzipiell nach dem Gründungsrecht der Gesellschaft. Vorbehalten bleiben lediglich Sonderanknüpfungen zugunsten des am Hauptverwaltungssitz geltenden Rechts, sofern diese durch Art. 46 EG-Vertrag bzw. als nicht diskriminierende Maßnahmen durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses¹¹ wie insbesondere auch die Verhinderung eines rechtsmissbräuchlichen Verhaltens¹² gerechtfertigt sind. Noch nicht endgültig geklärt ist das Schicksal der Sitztheorie lediglich in den bislang noch durch die Daily Mail-Entscheidung des *EuGH*¹³ geprägten Fällen einer Verlegung des tatsächlichen Hauptverwaltungssitzes von Deutschland in einen EG-/EWR-Mitgliedstaat (sog. Wegzugsfälle)¹⁴.

³ Zur Maßgeblichkeit des Hauptverwaltungssitzes für die Anknüpfung des Gesellschaftsstatuts siehe nur *BGH v.* 21.3.1986 (V ZR 10/85) BGHZ 97, 269, 271 und *Kindler*, in: MünchKomm 4. Aufl. 2006, IntGesR, Rdhrn. 400 ff.

⁴ Siehe dazu den Nachweis in Fußn. 2.

⁵ Siehe dazu nur *EuGH v.* 9.3.1999 (Rs. C-212/97), Slg. 1999, I-1459 (Centros); *EuGH v.* 5.11.2002 (Rs. C-208/00), Slg. 2002, I-9919 (Überseering) und *EuGH v.* 30.9.2003 (Rs. C-167/01), Slg. 2003, I-10155 (Inspire Art).

⁶ Siehe dazu *EFTA-Gerichtshof v.* 22.2.2002 (E-2/01), ABl. EG 2002, C 115/13 v. 16.5.2002 (Pucher) und *EFTA-Gerichtshof v.* 1.7.2005 (E-8/04), C 45/15 v. 23.2.2006 (EFTA-Aufsichtbehörde/FL).

⁷ Ein wichtiges Beispiel bildet Art. XXV Abs. 5 S. 2 Freundschaft-, Handels- und Schiffahrtsvertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika v. 29. Oktober 1954 (BGBl. II 1956, 487 f.).

⁸ EG: *BGH v.* 13.3.2003 (VII ZR 370/98) NJW 2003, 1461; *BGH v.* 14.3.2005 (II ZR 5/03) NZG 2005, 508; EWR: *BGH v.* 19.5.2005 (II ZR 372/03) BGHZ 164, 148 = NZG 2005, 974; USA: *BGH v.* 29.1.2003 (VIII ZR 155/02) BGHZ 153, 353 = NJW 2003, 1607; *BGH v.* 5.7.2004 (II ZR 389/02) NZG 2004, 1001; *BGH v.* 13.10.2004, (I ZR 245/01) NZG 2005, 44.

⁹ *BGH v.* 13.3.2003 (VII ZR 370/98) NJW 2003, 1461 (Überseering).

¹⁰ *EuGH v.* 9.3.1999 (Rs. C-212/97), Slg. 1999, I-1459, Tz. 14 ff. (Centros) und *EuGH v.* 30.9.2003 (Rs. C-167/01), Slg. 2003, I-10155, Tz. 95 ff. (Inspire Art).

¹¹ Siehe dazu etwa *EuGH v.* 5.11.2002 (Rs. C-208/00), Slg. 2002, I-9919, Tz. 92 (Überseering), wobei als zwingende Gründe des Allgemeininteresses im Gesellschaftsrecht namentlich die Interessen der Gläubiger, der Minderheitsgesellschafter, der Arbeitnehmer und des Fiskus in Betracht kommen.

¹² Vgl. dazu *EuGH v.* 9.3.1999 (Rs. C-212/97), Slg. 1999, I-1459, Tz. 24 ff. (Centros) und *EuGH v.* 30.9.2003 (Rs. C-167/01), Slg. 2003, I-10155, Tz. 105 (Inspire Art).

¹³ *EuGH Rs.* 81/87, Slg. 1988, 5483 (Daily Mail).

¹⁴ Ausdrücklich differenzierend *EuGH v.* 5.11.2002 (Rs. C-208/00), Slg. 2002, I-9919, Tz. 61 ff. (Überseering); zur Eintragungsunfähigkeit einer Satzungssitzverlegung und zur Unzulässigkeit eines identitätswahrenden Wegzugs in den EG-Mitgliedstaat Portugal *OLG München v.* 4.10.2007 (31 WX 36/07) NZG 2007, 915 m.w.N.

Aber auch insoweit deutet sich mit dem hängigen *EuGH*-Verfahren in Sachen *Cartesio*¹⁵ eine grundsätzliche Abkehr von der Sitztheorie an, die damit im Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit mit Ausnahme von zulässigen Sonderanknüpfungen bald ausgedient haben wird.

In den übrigen Fällen hält die Rechtsprechung noch überwiegend an der tradierten Sitztheorie fest, obwohl sich mit der im Rahmen des MoMiG geplanten Abschaffung von § 4a II GmbHG und § 5 II AktG¹⁶ sowie dem Referentenentwurf für ein Gesetz zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen¹⁷ ein genereller Umschwung zugunsten einer Regelanknüpfung nach der Gründungstheorie anbahnt. Lediglich in den einleitend erwähnten Ausgangsverfahren hat sich das *OLG Hamm* bereits für die Gründungstheorie ausgesprochen und auf ihrer Grundlage die Parteifähigkeit auch einer formal schweizerischen Gesellschaft bejaht. Es steht damit im Widerspruch zu Entscheidungen des *BGH*¹⁸ und des *HansOLG*¹⁹, die zur Klärung der Parteifähigkeit von formal ausländischen Gesellschaften, die nach dem Recht der direkt der britischen Krone unterstellten Inseln Jersey bzw. Man gegründet wurden und damit nicht von der EG-Niederlassungsfreiheit profitieren konnten, auf die Sitztheorie abstellten.

II. Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften schweizerischen Rechts?

Die Aufgabe der Sitztheorie gegenüber Gesellschaften schweizerischen Rechts könnte zunächst mit ihrer Niederlassungsfreiheit gerechtfertigt werden. Das *OLG Hamm* hat eine Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften schweizerischen Rechts jedoch zu Recht verneint. Die knappe Begründung des Gerichts verdient lediglich noch einige ergänzende Anmerkungen.

1. Niederlassungsfreiheit aufgrund des EG-Vertrags bzw. des EWR-Abkommens?

Obgleich die Schweiz 1992 ein seither immer wieder heftig umstrittenes Beitrittsge- such an die EG gerichtet hat²⁰, wurden hierüber bis heute keine Verhandlungen aufgenommen²¹. Spätestens seit dem eindeutigen Votum des Schweizer Volkes gegen die sofortige Aufnahme von Beitrittsverhand-

¹⁵ Siehe dazu die Vorlage des *Regionalgerichts Szeged* v. 5.5.2006 in der Rs. C-210/06 ZIP 2006, 1536 (*Cartesio*); die zu erwartende Entscheidung des *EuGH* dürfte durch die gegenüber der *Daily Mail*-Entscheidung kritisch eingestellten Schlussanträge des Generalanwalts *Maduro* v. 22.5.2008 in der Sache *Cartesio* (abgedruckt in NZG 2008, 498, 502 ff.) und die steuerrechtliche Entscheidung des *EuGH* zur Unvereinbarkeit der französischen Wegzugsbesteuerung auf wesentliche Beteiligungen mit der Niederlassungsfreiheit einer natürlichen Person in der Rs. C 9/02, Slg. 2004, I-2409 (*Lasteyrie de Saillant*) geprägt werden; näher zur aktuellen Rechtslage in den Wegzugsfällen *Knof/Mock*, GPR 2008, 134 ff.

¹⁶ Siehe dazu Art. 1 Nr. 4 und Art. 5 Nr. 1 des vom Bundestag am 26.6.2006 beschlossenen Entwurfs eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen – MoMiG (zum Reg-E BT-Drucks. 16/6140; zum Beschluss des Bundestags gemäß Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags v. 24.6.2008 BT-Drucks. 16/9737); das Gesetz wird voraussichtlich im Herbst 2008 in Kraft treten; näher *Franz/Laeger*, BB 2008, 678 ff.

¹⁷ Art. 10 ff. Ref-E EGBGB; Text abrufbar unter http://rsw.beck.de/rsw/upload/Beck_Aktuell/Referentenentwurf-IGR.pdf; näher *Kußmaul/Richter/Ruiner*, DB 2008, 451 ff. und *Schneider*, BB 2008, 566 ff.

¹⁸ Urteil v. 1.7.2002 (II ZR 380/00) NZG 2002, 1009.

¹⁹ Zwischenurteil v. 30.3.2007 (11 U 231/04) DStR 2007, 868.

²⁰ Beitrittsge- such der Schweiz vom 20.5.1992, BBl. 1992 III, 1185 ff.

²¹ Zu dieser abwartenden Haltung bereits die Botschaft über das Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR- Abkommens vom 24.2.1993, BBl 1993 I, 805, 817.

lungen im Jahre 2001 liegt das Gesuch „tiefgefroren“ in Brüssel²². Seit Herbst 2005 wird der Beitrittswunsch vom Bundesrat offiziell nur noch als längerfristige Option aufrechterhalten²³. Am 6. Dezember 1992 haben Volk und Stände zudem das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) mit knapper Mehrheit abgelehnt²⁴.

Von der Niederlassungsfreiheit der Art. 43, 48 EG-Vertrag bzw. der Art. 31, 34 EWR-Abkommen können die nach Schweizer Recht gegründeten Gesellschaften daher nur mittelbar über die Gründung von Tochtergesellschaften mit Zugehörigkeit zu einem EG-/EWR-Mitgliedstaat profitieren. Beliebte ist insoweit die Gründung von Tochtergesellschaften in Deutschland und Liechtenstein. Wenig hilfreich ist hingegen unter Umständen die Gründung einer Tochtergesellschaft nach dem „*offshore*“-Gesellschaftsrecht eines nach Art. 182 ff. EG-Vertrag mit der EG assoziierten Überseeischen Landes oder Hoheitsgebiets²⁵, da die von Art. 183 Nr. 5 EG-Vertrag auch für diese Fälle grundsätzlich vorgesehene Anwendung der Niederlassungsfreiheit möglicherweise für *offshore*-Briefkastengesellschaften durch Art. 45 Abs. 1 lit. a (Ansässigkeitserfordernis) und generell durch Art. 45 Abs. 2 (bloßer Verweis auf die GATS-Verpflichtungen der EG) des sog. Übersee-Assoziationsbeschlusses²⁶ eingeschränkt wird²⁷.

2. Niederlassungsfreiheit aufgrund eines Freizügigkeitsabkommens?

Die Bundesrepublik Deutschland hat mit der Schweiz anders als etwa mit den USA²⁸ kein die Anerkennung oder gar die Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften betreffendes bilaterales Abkommen geschlossen.

Im Anwendungsbereich des Luftverkehrsabkommens Schweiz-EG (LVA)²⁹, d. h. im Bereich des Luftverkehrs und der unmittelbar damit zusammenhängenden Angelegenheiten, wird die Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften allerdings ausdrücklich in einer den Art. 43 und 48 EG-Vertrag entsprechenden Weise gewährleistet (Art. 4 und 5 LVA). Insoweit kommt es mithin zu einer

²² Bundesrätin *Calmy-Rey* am 25.9.2005: „Das Beitrittsgesuch ist tiefgefroren in den Kellern Brüssels. Und wir sollten es da lassen“.

²³ Medienmitteilung über die Klausur des Bundesrats zur Europapolitik vom 26.10.2005, abrufbar unter http://www.admin.ch/cp/d/435f920b_1@fwsrvg.html.

²⁴ Siehe dazu auch die Botschaft über das Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR-Abkommens v. 24.2.1993, BBl 1993 I, 805 ff.

²⁵ Beispiele bilden die Anguilla International Business Company, die Bermuda Exempt Company, die British Virgin Islands Business Company, die Aruba Vrijgestelde Vennootschap, die Cayman Islands Exempt Company, die Montserrat International Business Company, die Nederlandse Antillen Naamloze Vennootschap sowie die Turks- and Caicos Exempt Company.

²⁶ Beschluss 2001/822/EG des Rates v. 27. November 2001 über die Assoziation der überseeischen Länder und Gebiete mit der Europäischen Gemeinschaft (Übersee-Assoziationsbeschluss), ABl. EG L 314/1 v. 30.11.2001.

²⁷ Das Verhältnis der ausdrücklich im Einklang mit Art. 183 Nr. 5 stehenden Regelung in Art. 45 II des Übersee-Assoziationsbeschlusses zu Art. 183 Nr. 5 ist unklar: für eine generelle Unanwendbarkeit der Regelungen zur EG-Niederlassungsfreiheit und für eine Beschränkung auf die weniger weit reichenden GATS-Verpflichtungen *Thölke*, DNotZ 2006, 145, 146 f.; die Niederlassungsfreiheit hingegen ohne Beachtung von Art. 45 Übersee-Assoziationsbeschluss über Art. 183 Nr. 5 heranziehend *BGH* v. 13.9.2004 (II ZR 276/02) NJW 2004, 3706, 3707.

²⁸ Art. XXV Abs. 5 S. 2 Freundschaft-, Handels- und Schiffahrtsvertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika v. 29. Oktober 1954 (BGBl. II 1956, 487 f.); s. dazu die Nachw. in Fußn. 8; näher *Kindler*, in: MünchKomm 4. Aufl. 2006, IntGesR, Rdnrn. 313 ff.

²⁹ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr v. 21.6.1999, ABl. L 114/73 v. 30.4.2002.

beschränkten Pflicht zur Berücksichtigung der *EuGH*-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit auch gegenüber den nach schweizerischem Recht gegründeten Gesellschaften.

Eine Anwendung des gemischten Freizügigkeitsabkommens EG-Schweiz (FZA)³⁰ auf den Fall der Verlegung des tatsächlichen Hauptverwaltungssitzes einer nach dem Recht der Schweiz gegründeten Aktiengesellschaft nach Deutschland hat das *OLG Hamm* jedoch mit Recht abgelehnt. Das Abkommen erfasst nämlich nur die Dienstleistungsfreiheit bis zu einer Maximaldauer von 90 Tagen und nicht auch die primäre und sekundäre Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften³¹. Dies ergibt sich zunächst aus dem Wortlaut der Freizügigkeitsregelungen, die auf natürliche Personen zugeschnitten sind³². Auch die Systematik des Abkommens stützt eine restriktive Auslegung, da die Gesellschaften den natürlichen Personen anders als nach Art. 5 LVA ausdrücklich nur hinsichtlich der Dienstleistungsfreiheit in Art. 5 I FZA und Art. 17 f. Anhang I zum FZA gleichgestellt wurden. Hiermit korrespondiert schließlich das in Art. 1 FZA zum Ausdruck gebrachte Anliegen, grundsätzlich nur die Freizügigkeit von Staatsangehörigen zu gewährleisten³³. Selbst in den gelegentlich zitierten Sonderfällen, in denen die Dienstleistungserbringung einer Schweizer Gesellschaft in Deutschland mit der vorübergehenden Verlegung der tatsächlichen Unternehmensleitung nach Deutschland verbunden ist³⁴, wird man nicht von einer durch das FZA gedeckten Verlegung des tatsächlichen Hauptverwaltungssitzes ausgehen können³⁵, da diese entweder nur vorübergehender Natur ist und damit im Interesse einer stabilen Anknüpfung unbeachtlich bleiben sollte oder bei Aufenthalt von mehr als 90 Tagen nicht mehr vom FZA erfasst wird.

3. Niederlassungsfreiheit aufgrund des GATS?

Die Schweiz ist zwar neben Deutschland Vertragsstaat des 1994 abgeschlossenen General Agreement on Trade in Services (GATS)³⁶, doch können die nach dem Recht der Schweiz gegründeten Gesellschaften hieraus ebenfalls kein Recht auf Niederlassungsfreiheit herleiten, das mit den Art. 43, 48 EG-Vertrag vergleichbar wäre. Zum einen richtet sich das Abkommen nämlich nur an die Mitgliedstaaten, so dass sich die Gesellschaften als private Rechtssubjekte lediglich (aber auch immerhin) auf eine völkerrechtsfreundliche Interpretation des deutschen Internationalen Gesellschaftsrechts berufen könnten. Darüber hinaus sind die Marktzugangsregelungen des GATS aufgrund des eingeschränkten Anwendungsbereichs des Abkommens nur auf die Erbringung von Dienstleistungen durch eine gewerbliche Niederlassung i.S.v. Art. 1 II lit. c GATS bezogen. Was die im GATS-Rahmenabkommen enthaltene allgemeine Pflicht zur Meistbegünstigung (Art. II GATS) anbetrifft, ist nicht nur ihre kollisionsrechtliche Wirkung fraglich³⁷, sie zwingt Deutschland auch nicht zu einer Erstreckung der EG-Niederlassungsfreiheit auf die anderen mehr als 140 GATS-

³⁰ Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweiz andererseits über die Freizügigkeit von Personen v. 21.6.1999, BGBl. 2001 II 810 ff.

³¹ A. A. *Epiney*, ZBJV 2005, 1, 22 f.; *Vischer*, in: Festschr. f. Kramer, 2004, S. 985, 992 hält eine Einbeziehung juristischer Personen in das FZA für wünschenswert und offenbar auch für möglich.

³² So sprechen etwa Art. 1 lit. a FZA von „Einreise“ und Art. 1 lit. d von „Lebensbedingungen“.

³³ So ist etwa auch in der Botschaft der Schweizer Bundesregierung v. 23.6.1999 (BB1 1999, 6128) nur von Bürgerinnen und Bürgern, nicht jedoch von Gesellschaften die Rede.

³⁴ Siehe etwa den Hinweis von *Thölke*, DNotZ 2006, 144, 147 f. auf den eine englische Ltd. betreffenden Sachverhalt in *OLG Frankfurt* v. 23.6.1999 (22 U 219/97) ZIP 1999, 1710.

³⁵ Zweifelnd auch *Leible/Hoffmann*, RIW 2005, 947 f.

³⁶ BGBl. 1994 II, S. 1643; generell zum GATS *Barth*, Das allgemeine Übereinkommen über den internationalen Dienstleistungshandel (GATS), EuZW 1994, 455 ff.

³⁷ Ablehnend *Kindler*, in: MünchKomm 4. Aufl. 2006, IntGesR, Rdnrn. 311 f. m.w.N.

Mitgliedstaaten, da Art. V GATS zugunsten von regionalen Integrationsverbänden wie der EG eine Ausnahme von der Meistbegünstigungsverpflichtung vorsieht³⁸. Lediglich im Zusammenhang mit den von Deutschland nach Art. XVI Abs. 1 GATS für bestimmte Dienstleistungen eingegangenen Marktzugangsverpflichtungen (sog. Positiv-Listen-Ansatz) darf nach Art. XVI Abs. 2 lit. e GATS die Wahl „bestimmter Arten rechtlicher Unternehmensformen“ nicht beschränkt werden, sofern es sich – wegen des nach Art. XXVIII lit. m (i) bestehenden Ansässigkeitserfordernisses – nicht um eine reine Briefkastengesellschaft schweizerischen Rechts handelte. Allein dieser (begrenzten) Verpflichtung stünde der durch die Anwendung der Sitztheorie zumindest begründete Zwang zur Gründung einer EWR-Tochtergesellschaft entgegen.

III. Sonstige Argumente für eine Anwendung der Gründungstheorie auf Gesellschaften schweizerischen Rechts

Nach den Ausführungen unter II. steht ein Recht auf freie Niederlassung der Anwendung der Sitztheorie auf Gesellschaften schweizerischen Rechts allenfalls im Bereich des Luftverkehrs und bei der Erbringung grenzüberschreitender Dienstleistungen entgegen. Unabhängig davon hat sich das *OLG Hamm* jedoch für eine generelle und grundsätzliche Anwendung der Gründungstheorie gegenüber den nach Schweizer Recht gegründeten Gesellschaften ausgesprochen. Es hat dies neben allgemeinen Erwägungen zur Rechtssicherheit und -klarheit sowie zur Einheitlichkeit der Anknüpfung vor allem mit der Sonderstellung der Schweiz begründet³⁹. Auch diese Gründe sollen im Folgenden noch näher beleuchtet und um einen wichtigen Aspekt ergänzt werden.

1. Einheitlichkeit und Rechtssicherheit der Anknüpfung

Die nach Schweizer Recht gegründeten Gesellschaften könnten zunächst von einer generellen und grundsätzlichen Aufgabe der gesetzlich nicht fixierten Sitztheorie in der deutschen Rechtsprechung profitieren. Wie soeben gezeigt, haben die Vorgaben der EG-/EWR-Niederlassungsfreiheit und der bilateralen Abkommen sowie der damit verbundene schrittweise Rückzug der Sitztheorie in den vergangenen Jahren zu einer unbefriedigenden gespaltenen Rechtsprechung im Internationalen Gesellschaftsrecht und zu immer neuen Rechtsstreitigkeiten geführt⁴⁰. Mit der generellen Anerkennung der Gründungstheorie als Regelanknüpfung wären zwar nicht alle sich in diesem Zusammenhang stellenden Probleme beseitigt, doch würden sie immerhin wieder im Ausgangspunkt einem einheitlichen Kollisionsrecht zur Lösung überantwortet⁴¹. Wie bereits erwähnt, zeichnet sich inzwischen auch ein entsprechender Wille des Gesetzgebers ab⁴².

2. Partielle Assoziierung der Schweiz an die EG und den EWR

Seit 1993 beschreitet die Schweiz einen sog. dritten Weg zwischen EG-/EWR-Mitgliedschaft und Isolation. Im Rahmen sektorieller Abkommen⁴³ und des sog. autonomen Nachvollzugs⁴⁴ werden

³⁸ Dazu etwa *Herrmann/Weiß/Ohler*, Welthandelsrecht, 2. Aufl. 2007, Rdnr. 855.

³⁹ *OLG Hamm* v. 26.5.2006 (30 U 166/05) ZIP 2006, 1822.

⁴⁰ RA *Thölke*, DNotZ 2006, 145, 149, betrachtet die Zersplitterung des deutschen Internationalen Gesellschaftsrechts sogar als „Zumutung“ für die Praxis.

⁴¹ Dies ebenfalls befürwortend *Leible/Hoffmann*, RIW 2005, 947, 949 und *Eidenmüller*, JZ 2003, 526, 528.

⁴² Art. 10 ff. Ref-E EGBGB (o. Fußn. 17).

⁴³ Zum FZA und LVA bereits oben unter II 2; zu den sog. Bilateralen Verträgen generell *Epiney*, GPR 2006, 2 ff.

zahlreiche Maßnahmen der Angleichung an das Gemeinschaftsrecht und das Recht der Nachbarstaaten ergriffen. Diese Europäisierung mit Schweizer Antlitz erfolgt, um einerseits den Schweizer Bürgern und Unternehmensträgern den Zugang zum europäischen Binnenmarkt zu eröffnen, ohne andererseits die Eigenständigkeit der Schweiz mit ihren Standortvorteilen durch eine EU- bzw. EWR-Mitgliedschaft aufgeben zu müssen⁴⁵.

Im Gegensatz zur Ansicht des *OLG Hamm* ist die partielle Assoziierung der Schweiz an die EG und ihre Mitgliedstaaten jedoch kein tragfähiges Argument für die generelle Anwendung der Gründungstheorie gegenüber den nach schweizerischem Recht gegründeten Gesellschaften. Außer dem LVA und dem letztlich für Gesellschaften nicht einschlägigen FZA besitzen die sektoriellen Abkommen keine Niederlassungsrelevanz für Gesellschaften. Aus der Perspektive der EG und ihres Mitgliedstaats Deutschland spricht die Logik der partiellen Assoziierung zudem eher gegen eine Privilegierung von Gesellschaften schweizerischen Rechts in Gestalt einer über das LVA und FZA hinausreichenden Anwendung der Gründungstheorie. Denn die EG hat die Gewährung von binnenmarktrelevanten Privilegien im Rahmen der sektoriellen Abkommen stets von einem gewünschten Entgegenkommen der Schweiz abhängig gemacht. Man fürchtet die Privilegierung ohne korrespondierende Lastentragung bzw. eine sog. Rosinenpickerei der Schweiz.

Ähnliches gilt für die Assoziierung der Schweiz an den EWR. Mit dem EWR-Mitgliedstaat Liechtenstein ist die Schweiz zwar durch eine Zollunion verbunden⁴⁶, doch konnte Liechtenstein dem EWR am 1.5.1995 erst beitreten, nachdem das Fürstentum sichergestellt hatte, dass die Schweizer Unternehmen nicht aufgrund der Zollunion über den Umweg Liechtenstein ungerechtfertigt vom EWR-Binnenmarkt profitieren⁴⁷.

3. Fehlende Schutzbedürfnisse gegenüber Gesellschaften schweizerischen Rechts

Die Anwendung der Gründungstheorie auf Gesellschaften schweizerischen Rechts kann jedoch überzeugend damit begründet werden, dass der Daseinsgrund der Sitztheorie insoweit nicht zum Tragen kommt. Die Sitztheorie wird nämlich herkömmlich damit gerechtfertigt, dass sie den Schutzanliegen des durch die tatsächliche Sitznahme am meisten betroffenen Staates und seiner Angehörigen Rechnung trägt⁴⁸. Derartige Schutzbedürfnisse sind gegenüber den nach schweizerischem Recht gegründeten Gesellschaften aber kaum erkennbar. Ein Hindernis könnte insofern allenfalls der Umstand bilden, dass die Schweiz im Gegensatz zu Deutschland keine gesetzlich verankerte unternehmerische Mitbestimmung kennt⁴⁹. Ansonsten berücksichtigt nämlich das Schweizer Gesellschaftsrecht die Schutzanliegen von Gesellschaftern und Gläubigern grundsätzlich in der gleichen Weise wie das deutsche Gesellschaftsrecht. An dieser Stelle müssen ein paar kurze rechtsvergleichende Hinweise zu wichtigen Punkten genügen:

⁴⁴ Dazu etwa generell *Baudenbacher*, EuR 1992, 309 ff.

⁴⁵ Es gilt der dem ehemaligen Staatssekretär *Franz Blankart* zugeschriebene Satz: Die Schweiz muss beitriffsfähig bleiben, um nicht beitreten zu müssen (zitiert nach *Furrer*, SZIER 2006, 311, 313).

⁴⁶ Vertrag über den Anschluss des Fürstentums Liechtenstein an das schweizerische Zollgebiet (LR 631.112), LGBI. 1923 Nr. 24.

⁴⁷ Siehe zu den Anpassungsmaßnahmen den Zirkular der Eidgenössischen Oberzolldirektion vom 19.4.1995, 17/32.92.

⁴⁸ Dazu nur *Kindler*, in: MünchKomm 4. Aufl. 2006, IntGesR, Rdnr. 401.

⁴⁹ Die Eidgenössische Volksinitiative „für die Mitbestimmung der Arbeitnehmer“ wurde am 21.3.1976 von Volk und Ständen abgelehnt (BBJ 1976 II 662); gegen eine gesetzliche Regelung der unternehmerischen Mitbestimmung in der Schweiz etwa *Jäggi*, Aktienrechtliche Überlegungen zur Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Unternehmen, Festgabe Schwarzfischer, 1972, S. 103, 120 f.

Die Regelungen zu den Personenhandelsgesellschaften (Art. 552 ff. OR), zur Gründung von Kapitalgesellschaften (Art. 629 ff., 777 ff. OR), zur Firmen- (Art. 944 ff. OR) und Registerpublizität (Art. 927 ff. OR) sowie zur Verantwortlichkeit (Art. 55 ZGB, Art. 752 ff. OR) entsprechen bereits seit langem den deutschen Standards. Lediglich die Regelungen zum Umfang der organschaftlichen Vertretungsmacht bei Handelsgesellschaften folgen entgegen der Publizitätsrichtlinie⁵⁰ der *ultra vires*-Doktrin (Art. 564 I, 603, 718a, 814 IV OR).

Das kürzlich revidierte Schweizer GmbH-Recht⁵¹ gleicht im Wesentlichen ebenfalls dem deutschen GmbH-Recht. Die Seriositätsschwelle für die Gründung einer Schweizer GmbH, bei der das Stammkapital von 20.000 CHF bereits vor der Handelsregisteranmeldung vollständig aufzubringen ist (Art. 777c I OR), wird künftig sogar höher liegen als bei einer deutschen GmbH in der Form der nach dem MoMiG⁵² geplanten Unternehmungsgesellschaft (§ 5a GmbHG-E). Auch die reale Kapitalaufbringung wird spätestens dann im Schweizer GmbH-Recht besser gewährleistet sein⁵³. Für den Erwerb eigener Anteile besteht eine Höchstgrenze von grundsätzlich 10 % (Art. 783 OR). Zwar hat der Schweizer Gesetzgeber zuletzt ausdrücklich auf eine Regelung der eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen verzichtet⁵⁴, doch wird auch ohne eine solche Regelung überwiegend die Umqualifizierung von in der Krise der Kapitalgesellschaft gewährten Gesellschafterdarlehen in haftendes Eigenkapital⁵⁵ oder die Annahme eines konkludenten Rangrücktritts⁵⁶ befürwortet⁵⁷.

Hinzu kommt vor dem Hintergrund einer generellen Abstimmung mit dem EG-Recht und dem Recht der Mitgliedstaaten⁵⁸ der sog. autonome Nach- bzw. teilweise sogar Vorvollzug von EG-Richtlinien im Bereich des Kapitalmarkt-⁵⁹, Arbeits-⁶⁰ und Umwandlungsrechts⁶¹. Im Rechnungs-

⁵⁰ Art. 9 III RL 68/151/EWG des Rates v. 9.3.1968 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Art. 58 Absatz 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten, ABl. L 65/8 v. 14.3.1968.

⁵¹ Bundesgesetz v. 16. Dezember 2005 über die Änderung des OR (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht), AS 2007, 4791 (in Kraft seit 1.1.2008).

⁵² Siehe dazu den Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen – MoMiG (BT-Drucks. 16/6140) sowie aktuell die Beschlussempfehlung und den Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags v. 24.6.2008 (BT-Drucks. 16/9737); das Gesetz wird voraussichtlich im Herbst 2008 in Kraft treten.

⁵³ Vergleiche Art. 777c I und II i.V.m. Art. 628, 634, 635, 635a, 641 Ziff. 6 OR mit §§ 7 II, 19 IV, V GmbH-E.

⁵⁴ Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) v. 19. Dezember 2001, BBl. 2002, 3148, 3158.

⁵⁵ *BezGerZH* v. 14.9.2004 ZR 104 (2005), 74, 79; *Forstmoser/Meyer-Hayoz/Nobel*, Schweizerisches Aktienrecht, 1996, § 40 Rdnr. 344; *Handschin/Truniger*, Die neue GmbH, 2. Aufl. 2006, S. 95 f.

⁵⁶ *Böckli*, Schweizer Aktienrecht, 3. Aufl. 2004, § 13 Rdnrn. 779 ff.

⁵⁷ Zum Eigenkapitalersatzrecht umfassend rechtsvergleichend *Roth*, Sanierungsdarlehen: Nachrang – Gleichrang – Vorrang, Diss. Basel 2008 (im Erscheinen).

⁵⁸ Auf der Ebene der nationalen Rechtsetzung wird jedes Gesetzgebungsvorhaben standardmäßig auf seine sog. Europaverträglichkeit hin überprüft; siehe dazu *Bundesamt für Justiz (Hrsg.)*, Gesetzgebungsleitfaden. Leitfaden für die Ausarbeitung von Erlassen des Bundes, 3. Aufl. 2007, Kap. 3372, abrufbar unter http://www.ejpd.admin.ch/etc/medialib/data/staat_buerger/legistik.Par.0005.File.tmp/gleitf-d.pdf.

⁵⁹ Art. 8 III des Bundesgesetzes über die Börsen und den Effektenhandel (BEHG) v. 24.3.1995 (SR 954.1) und Art. 7 II lit. d des insoweit bereits zum 1.2.2008 in Kraft getretenen Gesetzes über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMAG) v. 22.6.2007 (SR 956.1) nehmen hinsichtlich der Börsenzulassung von Effekten bzw. der Finanzmarktregulierung sogar ausdrücklich auf internationale Standards Bezug; Art. 22 ff. BEHG und die Verordnung der Übernahmekommission über öffentliche Kaufangebote (UEV-UEK) v. 21.7.1997 (SR 954.195.1)

legungsrecht bestanden bzw. bestehen zwar noch gewisse Unterschiede⁶², die an der Swiss Exchange (SWX) im Haupt- oder EU-kompatiblen Segment kotierten Gesellschaften müssen jedoch bereits nach internationalen Standards bilanzieren⁶³. Darüber hinaus ist auch vom Gesetzgeber eine generelle Angleichung der Rechnungslegung an internationale Standards geplant⁶⁴. Das Revisionsrecht ist bereits weitgehend gemeinschaftsrechtskompatibel⁶⁵. Bei aller inhaltlichen Konvergenz liegt ein bedeutsamer rechtstechnischer Unterschied im Kapitalmarktrecht allerdings noch darin begründet, dass das Schweizer Recht traditionell weniger auf gesetzgeberische Maßnahmen als vielmehr auf die Selbstregulierung etwa in Gestalt der von der Schweizer Börse SWX erlassenen Kotierungsreglemente vertraut⁶⁶.

Blickt man auf das 1991 grundlegend revidierte⁶⁷ und auch aktuell einer großen Revision⁶⁸ unterliegende klassische Aktienrecht des OR, so springt neben ein paar Unterschieden im Detail⁶⁹ die weit reichende Abdingbarkeit des Schweizer Aktienrechts ins Auge⁷⁰. Die hierdurch gegebene Anpassungsfähigkeit führte dazu, dass die GmbH in der Schweiz bis Anfang der 1990er Jahre⁷¹ in

wurden im Vorgriff auf die RL 2004/25/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 21.4.2004 betreffend Übernahmeangebote (ABl. L 142/12 v. 30.4.2004) erlassen; das Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen (KAG) v. 23.6.2006 (SR 951.31) orientiert sich eng an den OGAW-Richtlinien (RL 85/611/EWG des Rates v. 20.12.1985 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren, ABl. L 375 v. 31.12.1985, S. 3, geändert u. a. durch RL 88/220/EWG, RL 95/26/EG, RL 2001/107/EG, RL 2001/108/EG und RL 2004/39/EG, ABl. L 145 v. 30.4.2004, S. 1).

⁶⁰ Mit dem Bundesgesetz v. 17.12.1993 über die Änderung des Obligationenrechts (Der Arbeitsvertrag), AS 1994, 807, wurde das vergleichsweise liberale Arbeitsrecht des OR (Art. 319 ff.) im Rahmen eines autonomen Nachvollzugs von EG-Richtlinien durch Vorschriften zum Übergang des Arbeitsverhältnisses bei Betriebsübergang (Art. 333 f. OR) und zu Massenentlassungen (Art. 335d ff. OR) ergänzt.

⁶¹ Fusionsgesetz v. 3.10.2003 (SR 221.301) in Anlehnung an die Richtlinie 78/855/EWG des Rates v. 9. Oktober 1978 gemäß Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g) des Vertrages betreffend die Verschmelzung von Aktiengesellschaften, ABl. L 295/36 v. 20.10.1978 und die Richtlinie 82/891/EWG des Rates v. 17. Dezember 1982 gemäß Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g) des Vertrages betreffend die Spaltung von Aktiengesellschaften, ABl. L 378/47 v. 31.12.1982 sowie im Vorgriff auf die RL 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.10.2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten (ABl. Nr. L 310/1 v. 25.11.2005).

⁶² Rechtsvergleichend *Schönbächler*, Analyse der Rechnungslegungsvorschriften, Schematische Darstellung aufgrund des neuen Aktienrechts und der 4. EG-Richtlinie, 1993; *Böckli*, Schweizer Aktienrecht, 2. Aufl. 1996, Rdnrn. 1107 ff. und 3. Aufl. 2004, § 8 Rdnr. 594.

⁶³ Siehe dazu Art. 66 ff. SWX-Kotierungsreglement i.V.m. der SWX-Richtlinie betr. Anforderungen an die Finanzberichterstattung (RLFB), Rdnr. 10, abrufbar unter http://www.swx.com/download/admission/regulation/guidelines/swx_guideline_20070101-2_de.pdf.

⁶⁴ Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht) v. 21. Dezember 2007, BBl. 2008, 1589, 1622 ff. und 1696 ff.

⁶⁵ *Böckli*, Revisionsstelle und Abschlussprüfung, 2007 (mit vergleichendem Resümee unter Rdnr. 83).

⁶⁶ Dazu insbesondere Art. 4 BEHG; zu den Selbstregulierungserlassen der SWX siehe http://www.swx.com/admission/regulation/rules_de.html.

⁶⁷ Bundesgesetz v. 4.10.1991 über die Änderung des Obligationenrechts (Die Aktiengesellschaft), AS 1992, 733.

⁶⁸ Siehe dazu die Botschaft zur Änderung des OR (o. Fußn. 64).

⁶⁹ Zu Unterschieden gegenüber den Rechten der EG-Mitgliedstaaten *Nobel*, in: Festschr. f. Druey 2002, S. 503 ff.

⁷⁰ Das Schweizer Recht kennt keine dem § 23 V dtAktG vergleichbare Regelung.

⁷¹ Mit der 1991 vom Gesetzgeber beschlossenen Erhöhung des Mindeststammkapitals der Aktiengesellschaft auf 100.000 CHF kam es allerdings zu einer deutlichen Zunahme der GmbH-Gründungen, so dass am 31.12.2006 neben

der Praxis kaum eine praktische Rolle spielte und bis heute viele Aktiengesellschaften personalistisch ausgestaltet sind bzw. kleine und mittlere Unternehmen betreiben. Ausdruck der Möglichkeit zur personalistischen Ausgestaltung der Aktiengesellschaft sind etwa die mit den Grundfreiheiten bzw. dem EG-Sekundärrecht unvereinbaren Vinkulierungsmöglichkeiten von nicht kotierten Namenaktien (Art. 685b II OR)⁷². Die Schutzvorschriften zugunsten von Gläubigern sind jedoch auch im Schweizer Aktienrecht zwingend.

Im Hinblick auf eine wünschenswerte Übereinstimmung der wechselseitigen Anknüpfungskriterien ist schließlich noch von Interesse, dass auch die Schweiz im Internationalen Gesellschaftsrecht im Ansatz der Gründungstheorie folgt (Art. 154 I IPRG). Zwar schränkt sie diese Regelanknüpfung durch Sonderanknüpfungen in den Art. 158 und 159 IPRG wieder in einer Weise ein, die Zweifel an ihrer hypothetischen Vereinbarkeit mit der EG-Niederlassungsfreiheit aufkommen lassen⁷³, doch muss dies einer prinzipiellen Anwendung der Gründungstheorie durch deutsche Gerichte nicht im Wege stehen.

IV. Ausblick

In den bei ihm anhängigen Verfahren (II ZR 158/06 bzw. 290/07) hat der *BGH* verschiedene Entscheidungsmöglichkeiten: Er kann zum einen in Anlehnung an seine eigene Entscheidung vom 1.7.2002⁷⁴ und die erstinstanzliche Entscheidung des *LG Essen* im Verfahren II ZR 158/06⁷⁵ eine grundsätzliche Entscheidung der vom *OLG Hamm* aufgeworfenen Frage nach der Anwendung der Gründungstheorie außerhalb der EG-/EWR-Niederlassungsfreiheit umgehen. Er könnte aber auch mit guten Gründen die Urteile des *OLG Hamm* zur Anwendung der Gründungstheorie auf die nach Schweizer Recht gegründeten Gesellschaften im Ergebnis bestätigen. Auch wenn er damit der Schweiz einen weiteren Grund zum EG-/EWR-Beitritt nähme und ihr einen sichtbaren Erfolg auf dem sog. dritten Weg bescherte, wäre dies aus Gründen der Einheitlichkeit der kollisionsrechtlichen Anknüpfung sowie wegen der weitgehenden Angleichung der Gesellschaftsrechte und der damit fehlenden deutschen Schutzinteressen durchaus gerechtfertigt. Die Schweiz würde damit zugleich etwa mit ihrer flexibel gestaltbaren Aktiengesellschaft in den Wettbewerb der Gründungsrechtsordnungen eintreten. Der *BGH* könnte drittens nicht allein auf die besondere Situation der nach schweizerischem Recht gegründeten Gesellschaften abstellen und andeuten, dass Vergleichbares auch gegenüber anderen unter Schutzaspekten gleichwertigen drittstaatlichen Gesellschaftsrechtsordnungen gelten müsste. Mit generellen Ausführungen zur räumlichen Einheitlichkeit der Regelanknüpfung könnte er schließlich den Anfang vom generellen Ende der Sitztheorie einläuten. Raum bliebe für diese dann nur noch im Rahmen von Sonderanknüpfungen. Es fragt sich allerdings, ob der *BGH* diese letzte Aufgabe nicht doch dem inzwischen tätig gewordenen Gesetzgeber überlassen sollte.

175.459 Aktiengesellschaften 92.448 (EHRA-Statistik 2006, REPRAX 2007, 65) und am 31.12.2007 bereits 113.322 Gesellschaften mbH (EHRA-Statistik 2007) bestanden.

⁷² Zur Unvereinbarkeit mit dem freien Kapitalverkehr siehe *Nobel*, ST 1992/7-8, 421, 422 f.; Zweifel äußert insoweit auch *Baudenbacher*, EuR 1992, 309, 313 f.

⁷³ Zum Widerspruch zwischen der *EuGH*-Rechtsprechung in der Rs. Inspire Art (o. Fußn. 5) und Art. 159 IPRG, wonach sich die Haftung der für eine formal ausländische Gesellschaft Handelnden nach schweizerischem Recht richtet, auch *A. K. Schnyder*, in: Festschr. f. Jayme 2004, S. 823, 828; zur gebotenen Einschränkung der Kollisionsregel auf Fälle der Rechtsscheinhaftung *Vischer*, in: Festschr. f. Kramer, 2004, S. 985, 994 f.

⁷⁴ *BGH* v. 1.7.2002 (II ZR 380/00) NZG 2002, 1009.

⁷⁵ Az. 16 O 221/04 (unveröff.).